

University of Groningen

Het fideicommis, (meer) temporele problemen bij de benoeming van verwachters en de toepassing van de vruchtgebruikbepalingen

Brinkman, Ronald

Published in:
Tijdschrift Erfrecht

DOI:
[10.5553/TE/187416812020021002003](https://doi.org/10.5553/TE/187416812020021002003)

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2020

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Brinkman, R. (2020). Het fideicommis, (meer) temporele problemen bij de benoeming van verwachters en de toepassing van de vruchtgebruikbepalingen. *Tijdschrift Erfrecht*, 2020(2).
<https://doi.org/10.5553/TE/187416812020021002003>

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Artikel

Het fideicommiss, (meer) temporele problemen bij de benoeming van verwachters en de toepassing van de vruchtgebruikbepalingen

Mr. dr. R.E. Brinkman*

46

1 Inleiding

Recent ging ik in dit tijdschrift in op de temporele problemen die kunnen ontstaan bij (de formulering van) plaatsvervullingsclausules voor verwachters van een fideicommissaire erfstelling.¹ Naar aanleiding van een (nog) niet gepubliceerd vonnis van 8 augustus 2018 van de rechtbank Noord-Nederland,² wil ik op deze plaats nog eens aandacht vragen voor de problematiek.³ Daarnaast besteed ik aandacht aan enkele andere interessante aspecten uit de uitspraak, die voor de notariële praktijk van belang zijn.

Ik schets daartoe eerst in paragraaf 2 de casus die speelt, waarna ik in paragraaf 3 commentaar geef op de benoeming van de verwachters en de gevolgen daarvan. De vraag rijst namelijk 'wie' verwachters zijn als de benoeming tot verwachters 'temporeel' is geformuleerd. Anders dan de rechtbank kom ik tot de conclusie dat er

bij een fideicommiss – op één hierna te bespreken uitzondering na – hangende de voorwaarde altijd (primaire en soms subsidiaire) verwachters aanwezig zijn, die de door de insteller en de wet toegekende bevoegdheden moeten kunnen uitoefenen en jegens wie de bezwaarde zijn verplichtingen moet kunnen vervullen. In paragraaf 4 geef ik commentaar op enkele andere relevante aspecten uit het vonnis. In paragraaf 5 wordt het artikel afgesloten met een conclusie.

2 De casus van het vonnis en het oordeel van de rechtbank

In 2007 is erflaatster overleden. Bij testament in 2004 gemaakt heeft erflaatster haar zoon en dochter tot erfgenamen benoemd, ieder voor de helft. Erflaatster heeft verder onder meer het volgende bepaald:

'IV. TWEETRAPSMAKING

Hetgeen ieder van mijn kinderen (hierna te noemen: de bezwaarde) van het uit mijn nalatenschap aan hen nagelatene bij hun overlijden onverteerd zal hebben nagelaten (...) zal ten deel vallen aan zijn of haar kinderen, tezamen en voor gelijke delen (hierna te noemen: de verwachter(s)). Indien mijn zoon [bezwaarde 1] ten tijde van zijn overlijden geen nakomelingen heeft nagelaten, worden tot zijn verwachters

* Mr. dr. R.E. Brinkman is notaris te Hardenberg, docent aan de Rijksuniversiteit Groningen en raadsheer-plaatsvervanger bij het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden.

1. Zie R.E. Brinkman, Het fideicommiss en temporele problemen bij plaatsvervulling voor verwachters, Tijdschrift Erfrecht 2018, afl. 5, p. 129-132. Zie ook R.E. Brinkman, Het fideicommiss en de dertigdagenclausule, WPNR 2018, afl. 7204, met name noot 28.
2. Locatie Leeuwarden, zaaknummer/rolnummer: C/1 7/152681 / HA ZA 17-1.
3. Overigens was schrijver dezes aan de zijlijn als adviseur van bezwaarde 1 bij de zaak betrokken.

benoemd de kinderen van mijn dochter [bezwaarde 2].

Indien een verwachter het tijdstip van het eindigen van het recht van de bezwaarde niet overleeft, treden zijn afstammelingen staaksgewijze in zijn plaats, ook al bestonden zij nog niet bij mijn overlijden.

De bezwaarde is mitsdien rechthebbende onder ontbindende voorwaarde en de verwachter is rechthebbende onder opschortende voorwaarde.

(...)

1. Bevoegdheden bezwaarde; gebruik en vruchtgenot
De bezwaarde heeft het recht om de vruchten te genieten.

2. Zekerheidstelling

De bezwaarde hoeft voor de nakoming van zijn verplichtingen jegens de verwachters geen zekerheid te stellen.

(...)

4. Vervreemding en bezwaring

Het is de bezwaarde verboden door middel van schenking over goederen van het fideicommissair vermogen te beschikken. De bezwaarde is overigens wel bevoegd de goederen te vervreemden en te bezwaren.'

De zoon van erflaatster (hierna: bezwaarde 1) heeft zelf geen kinderen. De dochter van erflaatster (hierna: bezwaarde 2) heeft wel kinderen. In de procedure van bezwaarde 1 tegen de kinderen van bezwaarde 2 vraagt bezwaarde 1 samengevat om vast te stellen c.q. om een verklaring voor recht dat:

1. het fideicommissair vermogen van bezwaarde 1 (net als dat van bezwaarde 2) uit bepaalde (concreet genoemde) goederen bestaat;
2. de bezwaarde met de opsomming van de onder 1 bedoelde goederen aan de verplichting tot het opstellen van een boedelbeschrijving heeft voldaan;
3. de verkoopopbrengst van één van genoemde goederen in de plaats is getreden van het oorspronkelijk goed en nu dus tot het fideicommissair vermogen behoort, en dat het fideicommissair vermogen thans uit een bedrag van (...) bestaat;
4. bezwaarde 1 het recht heeft het fideicommissaire vermogen te verteren;
5. erflaatster geen volgorde van verteren heeft bepaald, en dat het bezwaarde 1 vrijstaat het fideicommissaire vermogen naar eigen inzicht te verteren en wel voordat hij zijn eigen vermogen verteert;
6. het fideicommissaire vermogen (gedeeltelijk) is verteerd.

Bezwaarde 2 en haar echtgenoot, in hun hoedanigheid van wettelijke vertegenwoordigers van hun kinderen, kunnen zich in de stellingen van bezwaarde 1 (dat het fideicommissair vermogen inmiddels is verteerd) niet vinden. Omdat bezwaarde 1 de kinderen van bezwaarde 2 niet tot erfgenamen wil achterlaten, heeft hij er, aldus bezwaarde 1, belang bij dat in rechte wordt vastgesteld dat het fideicommissair vermogen inmiddels volledig is verteerd, althans dat wordt bepaald wat van het fideicommissair vermogen nog aanwezig is. Ter onderbou-

wing heeft bezwaarde 1 onder meer een overzicht van uitgaven overgelegd, alsmede bankafschriften.

Bezwaarde 2 en haar echtgenoot hebben verweer gevoerd. Allereerst betwisten zij dat bezwaarde 1 mag verteren. Subsidiair betwisten zij dat bezwaarde 1 het fideicommissair vermogen geheel of gedeeltelijk heeft verteerd. Zij motiveren dit met hun stelling dat bezwaarde 1 niet aan zijn wettelijke verplichtingen heeft voldaan om een boedelbeschrijving op te maken en om een jaarlijkse nauwkeurige, ondertekende opgave te zenden aan de wettelijke vertegenwoordigers van de verwachters, zoals bedoeld in artikel 3:205 lid 1 en 4 van het Burgerlijk Wetboek (BW). Meer subsidiair betwisten zij dat er voor bezwaarde 1 enige noodzaak tot vertering van het fideicommissair vermogen was en dat bezwaarde 1 wettelijk verplicht is zich overeenkomstig de maatstaven van redelijkheid en billijkheid jegens de kinderen te gedragen en bovendien als goed vruchtgebruiker. Dit betekent, aldus bezwaarde 2 en haar echtgenoot, dat bezwaarde 1 een eventuele noodzaak tot verteren met deugdelijke bewijsstukken dient te onderbouwen en wel door middel van het overleggen van bewijsstukken omtrent zijn financiële situatie vanaf 2007 tot heden. Bezwaarde 2 en haar echtgenoot eisen dan ook in reconventie dat bezwaarde 1 alsnog voldoet aan de dwingende verplichtingen (boedelbeschrijving en jaarlijkse opgave) en stellen bezwaarde 1 aansprakelijk voor geleden en te lijden schade.

De rechtbank oordeelt dan, voor zover van belang, als volgt. Ik citeer:

'in conventie

de boedelbeschrijving (...)

5.2. Opgemerkt zij dat de kinderen van [bezwaarde 2 en haar echtgenoot] op dit moment niet de positie van verwachter hebben, aangezien zij deze positie pas kunnen krijgen wanneer op het moment dat [bezwaarde 1] overlijdt blijkt dat hij geen nakomelingen heeft. Dit brengt mee dat aan (de kinderen van) [bezwaarde 2 en haar echtgenoot] geen beroep toekomt op de vruchtgebruikbepalingen waarnaar in artikel 4:138 lid 2 BW wordt verwezen. Meer specifiek kunnen zij geen aanspraak maken op een boedelbeschrijving, zoals bedoeld in artikel 3:205 lid 1 BW, noch op een jaarlijkse, nauwkeurige opgave als bedoeld in artikel 3:205 lid 4 BW.

5.2.1. Wat betreft de positie van (de kinderen van) [bezwaarde 2 en haar echtgenoot] in de onderhavige procedure en de vraag of zij ondanks het bovenstaande terecht in rechte zijn betrokken geldt dat bedoelde kinderen weliswaar thans geen verwachters zijn, maar dat de kans groot is – partijen gaan hier althans van uit – dat zij op het moment van overlijden van [bezwaarde 1] wel de positie van verwachter zullen verkrijgen. Deswege moet in redelijkheid worden aangenomen dat de kinderen van [bezwaarde 2 en haar echtgenoot] er belang bij hebben dat van het

fideïcommissair vermogen dat aan [bezwaarde 1] is toegefallen op het moment van diens overlijden zoveel mogelijk resteert. Gelet hierop raken de vorderingen van [bezwaarde 1] aan de belangen van de kinderen van [bezwaarde 2 en haar echtgenoot], zodat hij zich in de onderhavige procedure terecht tegen hen heeft gericht.

5.3. Nu er op dit moment geen hoofdgerechtigde/verwachter is die aanspraak kan maken op een boedelbeschrijving (zie hiervoor rechtsoverweging 5.2.) rust op [bezwaarde 1] niet de verplichting tot het opmaken van de boedelbeschrijving van de nalatenschap als bedoeld in artikel 3:205 lid 1 BW. Dit is voor hem bovendien ook feitelijk onmogelijk nu genoemd artikellid voorschrijft dat zo'n boedelbeschrijving in tegenwoordigheid of na behoorlijke oproeping van de hoofdgerechtigde dient te geschieden. [Bezwaarde 1] heeft dan ook geen belang bij het door hem [de hierboven onder 2 genoemde verklaring van recht omtrent de boedelbeschrijving; RB] gevorderde.

5.3.1. Daarmee samenhangend ontvalt ook het belang aan het [de hierboven onder 1 en 3 genoemde verklaring van recht omtrent de omvang van het vermogen; RB] gevorderde.

5.3.2. Het bovenstaande leidt tot niet-ontvankelijk-verklaring van [bezwaarde 1] in het door hem onder [de hierboven onder 1, 2 en 3 genoemde verklaringen van recht; RB] gevorderde.

5.3.3. Overigens verdient opmerking dat tussen partijen niet in geschil is dat na het overlijden van erflaatster aan zowel [bezwaarde 1] als [bezwaarde 2] een fideï-commissair vermogen is toegedeeld van (...), uitgaande van de boedelbeschrijving en de afwikkeling van de nalatenschap van erflaatster, zoals neergelegd in de primaire vorderingen onder [1 en 3; RB]. [Bezwaarde 2 en haar echtgenoot] hebben niet gesteld dat dit ten onrechte is geschied, omdat de boedelbeschrijving niet juist zou zijn. Gelet hierop heeft in de onderlinge verhouding van partijen in beginsel te gelden dat de door [bezwaarde 1] in de tekst van genoemde vorderingen aangedragen gegevens juist zijn.

de verteringsbevoegdheid (...)

5.4. De rechtbank acht de stelling van [bezwaarde 1] dat het testament van erflaatster hem de bevoegdheid heeft gegeven om het fideï-commissair vermogen te verteren juist.

5.4.1. Daartoe zij overwogen dat erflaatster in haar testament heeft bepaald, kort gezegd, dat aan de verwachters ten deel zal vallen hetgeen de bezwaarde bij zijn overlijden onverteerd zal hebben nagelaten van het uit de nalatenschap van erflaatster aan de bezwaarde nagelatene. Dit impliceert de bevoegdheid van de bezwaarde om bedoeld nagelatene te verteren.

5.4.2. Ook het aan de bezwaarde gerichte verbod om door middel van schenking over goederen van het fideï-commissair vermogen te beschikken, impliceert de bevoegdheid van de bezwaarde om het hem nage-

latene te verteren, nu het ontbreken van een dergelijke bevoegdheid genoemd schenkingsverbod zinnelijk zou maken.

5.4.3. Verder blijkt uit de verklaring van de notaris ten overstaan van wie het testament van erflaatster is verleden, neergelegd in de door [bezwaarde 1] overgelegde brief van (...), dat de testatrice de erfgenamen de bevoegdheid heeft willen geven om in te teren.

5.4.4. De rechtbank ziet dan ook geen aanleiding om, zoals [bezwaarde 2 en haar echtgenoot] willen, te concluderen dat de bevoegdheid tot vertering niet is verleend, op grond van het gegeven dat in het testament die bevoegdheid niet expliciet is opgenomen bij de bepalingen met betrekking tot de tweetrapsmaking.

5.4.5. Het voorgaande leidt tot toewijzing van het primair onder [4; RB] gevorderde, als in het dictum nader omschreven.

5.5. In het testament van erflater is geen bepaling opgenomen, inhoudende dat [bezwaarde 1] eerst gehouden is zijn eigen vermogen op te maken alvorens over te gaan tot vertering van het fideï-commissair vermogen. [Bezwaarde 1] mocht derhalve, zoals hij stelt te hebben gedaan, eerst het fideï-commissair vermogen verteren.

5.5.1. Dit leidt tot toewijzing van het primair onder [5; RB] gevorderde, als in het dictum nader omschreven.

de feitelijke vertering (...)

5.6. Niettemin geldt, zo is niet in geschil, dat [bezwaarde 1] het door hem ontvangen fideï-commissair vermogen niet afgescheiden heeft gehouden en dat dit is vermengd met zijn overige vermogen (en mede, zo begrijpt de rechtbank, met dat van zijn partner). Dit klemmt omdat door deze vermenging een nieuw samengevoegd vermogen is ontstaan, waarbinnen het fideï-commissair vermogen niet meer kon worden onderscheiden. Daardoor valt van uitgaven die uit dit samengevoegde vermogen zijn gedaan niet zonder meer vast te stellen dat deze (slechts) ten laste van het fideï-commissair vermogen zijn gedaan. Evenzo kan, gelet hierop, niet zonder meer worden vastgesteld dat met dergelijke uitgaven vertering van (enkel) het fideï-commissair vermogen heeft plaatsgevonden.

5.6.1. Op dit laatste strandt, de door [bezwaarde 1] overgelegde bankafschriften en overzichten ten spijt, het [onder 6; RB] gevorderde, als onvoldoende onderbouwd.

5.6.2. De rechtbank vindt aanleiding hierbij op te merken dat, hoewel het fideï-commissair vermogen is opgegaan in een nieuw, vermengd vermogen, mogelijkerwijs achteraf wel valt vast te stellen voor hoeveel procent het fideï-commissair vermogen deel heeft uitgemaakt van dit vermengde vermogen. Naar het oordeel van de rechtbank is dan niet onredelijk om van de na de vermenging gepleegde uitgaven een evenredig deel als vertering (of, voor zover aan de orde, vervreemding) toe te rekenen aan het fideï-

commissair vermogen. Daarbij zou uiteraard rekening moeten worden gehouden met hetgeen na de vermenging nog aan inkomsten/vermogen in het vermengde vermogen is gevloeid, aangezien telkens wanneer het vermengde vermogen langs deze weg groeit het procentuele deel daarin van het fidei-commissair vermogen slinkt.

in reconventie

5.7. Zoals in conventie reeds overwogen rusten op [bezwaarde 1] jegens de kinderen van [bezwaarde 2 en haar echtgenoot] geen verplichtingen op grond van de vruchtgebruikbepalingen neergelegd in artikel 3:205 leden 1 en 4 BW. [Bezwaarde 2 en haar echtgenoot] kunnen dan ook niet met succes betogen dat [bezwaarde 1] jegens hun kinderen onrechtmatig heeft gehandeld door niet te voldoen aan dergelijke verplichtingen, noch dat hun kinderen daardoor schade hebben geleden of zullen lijden.

5.7.1. Dit leidt tot afwijzing van het gevorderde.
(...)

6. De beslissing
De rechtbank:

in conventie

6.1. verklaart [bezwaarde 1] niet-ontvankelijk in het [onder 1 tot en met 4; RB] gevorderde;

6.2. stelt vast dat [bezwaarde 1] het recht heeft om het vermogen afkomstig uit de nalatenschap van erflaatster te verteren;

6.3. stelt vast dat erflaatster geen volgorde van verteren heeft bepaald, en dat het [bezwaarde 1] vrijstond de nalatenschap naar eigen inzicht te verteren;

6.4. stelt vast dat [bezwaarde 1] zelf het recht heeft om eerst de goederen van de nalatenschap van erflaatster te verteren, voordat hij zijn eigen vermogen verteert;

(...)

6.6. wijst af het meer of anders gevorderde;

in reconventie

6.7. wijst het gevorderde af;

3 Commentaar (I)

Zoals gezegd ging ik recent al in op de temporele problemen die kunnen ontstaan bij (de formulering van) plaatsvervullingsclausules voor verwachters.⁴ In de casus van het onderhavige vonnis spelen soortgelijke problemen als in bedoeld artikel. In het onderstaande zal ik enige kanttekeningen plaatsen bij het oordeel van de rechtbank in het licht van de ‘temporele’ benoeming van de verwachters.

- a. Vooraf merk ik op dat het mooi zou zijn geweest als de rechtbank zich de vraag zou hebben gesteld of de benoeming van de kinderen van bezwaarde 1 als

verwachters wel geldig was. Immers, ten tijde van het overlijden van erflaatster had bezwaarde 1 geen kinderen, terwijl de hoofdregel van artikel 4:56 lid 1 BW luidt dat men, om aan een making een recht te kunnen ontfangen, moet bestaan op het ogenblik dat de nalatenschap openvalt. In het geval van een fidei-commis, heeft de wetgever echter in de volgende leden van artikel 4:56 BW uitzonderingen getroffen. De laatste daarvan (art. 4:56 lid 4 BW) geldt alleen voor het fideicommis de residuo en bepaalt kort gezegd dat wat de bezwaarde onverteerd nalaat, verkregen kan worden door een dan (ten tijde van de vervulling van de voorwaarde) bestaande bloedverwant van de erflater in de erfelijke graad, ook al bestond hij nog niet bij het overlijden van de erflater. Hoewel uit de eerste zin van de tweetrapsmaking in de casus van het vonnis afgeleid zou kunnen worden dat sprake is van een fideicommis de residuo (‘van het uit mijn nalatenschap aan hen nagelaten bij hun overlijden onverteerd zal hebben nagelaten’), kan men daaraan twijfelen omdat verderop in het testament (onder punt 4) de bezwaarde het verbod tot het doen van schenkingen wordt opgelegd. Uit artikel 3:215 BW (dat krachtens art. 4:138 lid 2 BW van overeenkomstige toepassing is) blijkt dat degene aan wie de bevoegdheid tot vervreemding en vertering is verleend (in casu bezwaarde 1), de goederen ook voor gebruikelijke kleine geschenken mag bestemmen. Nu erflaatster het doen van schenkingen heeft verboden, is het de vraag of sprake is van een situatie als bedoeld in artikel 4:56 lid 4 BW. Hoewel mijns inziens bij het enkel verbieden van schenkingen wel wat te zeggen valt voor het aanwezig achten van een fideicommis de residuo, zou bij een ontkennend antwoord de vraag gesteld kunnen worden of de uitzonderingen van de leden 2 en 3 van artikel 4:56 BW kunnen spelen.⁵

Artikel 4:56 lid 3 BW regelt het geval waarin een bezwaarde (ongeacht wie dat is) iets van de nalatenschap van de erflater nalaat aan – ten tijde van het overlijden van de erflater nog – ongeboorte afstammelingen van een afstammeling van een ouder van de erflater. In dat geval dient als primaire verwachter een – ten tijde van het overlijden van de erflater levende – afstammeling van een ouder van de erflater te zijn benoemd. Overlijdt deze afstammeling van een ouder van de erflater vóór de vervulling van de voorwaarde (of is hij om andere redenen geen erfgenaam), dan kunnen diens afstammelingen staaksgewijze in zijn plaats treden, ook al bestonden zij nog niet bij het overlijden van de erflater. Deze situatie speelt hier niet, omdat geen van de primair benoemde verwachters (zijnde de ‘kinderen van

4. Zie noot 84.

5. Met J.B. Vegter, Problemen bij de vormgeving van het fidei-commis de residuo in het licht van artikel 4:56 BW, WPNR 2003, afl. 6521, ben ik van mening dat de kring van ongeboorte personen ten aanzien van wie een zuiver fideicommis kan worden ingesteld (als bedoeld in lid 2 en 3 van art. 4:56 BW), ook bij een fideicommis de residuo toegepast kan worden.

bezwaarde 1') bestonden bij het overlijden van erflater.

Biedt artikel 4:56 lid 2 BW dan uitkomst? Lid 2 bepaalt dat wat een afstammeling van een ouder van de erflater (als bezwaarde) nalaat bij de vervulling van de voorwaarde, ten deel kan vallen aan diens alsdan bestaande afstammelingen staaksgewijze, ook al bestonden zij nog niet bij het overlijden van de erflater. Deze situatie speelt hier, omdat de zoon (bezwaarde 1) een afstammeling van een ouder van erflater is, en door de combinatie van de erfstelling ten behoeve van zijn kinderen als verwachters (tezamen en voor gelijke delen) met de plaatsvervullingsregeling gesteld kan worden dat de afstammelingen van bezwaarde 1 staaksgewijze als verwachters zullen opkomen.⁶

In de casus van het vonnis waren de kinderen van bezwaarde 2 overigens ook nog niet allemaal geboren: twee van de kinderen bestonden reeds, de derde was 'onderweg'⁷ en de vierde werd pas na het overlijden van erflater geboren. De vraag rijst ook hier wie als (primaire of subsidiaire) verwachters kunnen optreden van hetgeen bezwaarde 1 als verwachter nalaat.⁸ De eerste twee kinderen en de derde die 'onderweg' was, roepen geen vragen op, omdat deze bestonden (of geacht werden te bestaan) bij het overlijden van erflater. Voor het vierde kind rijst echter de vraag of deze wel kan erven. Als geoordeeld wordt dat het fideicommiss onder de uitzondering van artikel 4:56 lid 4 BW valt (fideicommiss de residuo), dan kan dit vierde kind erven. Oordeelt men evenwel dat geen sprake is van een fideicommiss de residuo, dan valt dit vierde kind noch onder de uitzondering van lid 2, noch onder die van lid 3 van artikel 4:56 BW, omdat het niet een verwachter betreft die:

- i. een (ten tijde van het overlijden van erflater ongeboren) afstammeling van *bezwaarde 1* is (zie lid 2; het betreft hier immers een afstammeling van *bezwaarde 2*); en
- ii. een (ten tijde van het overlijden van erflater ongeboren) afstammeling is van een (ten tijde van het overlijden van erflater wel bestaande) verwachter (zie lid 3; de ouder van het vierde kind is zelf immers geen verwachter).

6. Getwijfeld kan nog worden aan de vraag of de plaatsvervullingsregeling, die hier is beperkt tot het vooroverlijden van de betreffende primaire verwachter, ook zou moeten gelden voor de situatie waarin de primaire verwachter zou verwerpen of onwaardig zou zijn of zijn erfrecht vervallen wordt verklaard. Ik antwoord – naar de letterlijke tekst van art. 4:56 lid 3 BW – voorzichtig dat de plaatsvervullingsregeling ten minste het vooroverlijden moet betreffen en niet per se de andere mogelijkheden.

7. Zie art. 1:2 BW, op grond waarvan deze als reeds geboren werd aangemerkt.

8. Wel duidelijk is dat wat bezwaarde 2 (dochter van erflater) nalaat van de nalatenschap van erflater, aan haar vier kinderen als verwachters kan toekomen, nu ook het ten tijde van het overlijden van erflater nog ongeboren (vierde) kind als verwachter onder de uitzondering van lid 4 (als sprake is van een fideicommiss de residuo) of zo nodig lid 2 van art. 4:56 BW valt.

- b. Wat bezwaarde 1 betreft heeft erflater de kinderen van bezwaarde 1 tot verwachters benoemd (hierna ook: de primaire verwachters); indien bezwaarde 1 *ten tijde van zijn overlijden* geen nakomelingen heeft nagelaten, zijn de kinderen van bezwaarde 2 (hierna ook: de subsidiaire verwachters) tot verwachters benoemd. Ten tijde van het overlijden van erflater heeft bezwaarde 1 geen nakomelingen. Vanwege het ontbreken van kinderen van bezwaarde 1 op het moment van het overlijden van erflater (hetgeen nog steeds zo is ten tijde van het voeren van de procedure) en de temporele formulering van de benoeming van de kinderen van bezwaarde 2 tot verwachters, komt de rechtbank tot de – mijns inziens – onjuiste conclusie dat de kinderen van bezwaarde 2 op het moment van het uitspreken van het vonnis 'niet de positie van verwachter hebben' (r.o. 5.2) en dat aan hen dus ook geen beroep toekomt op de vruchtgebruikbepalingen uit titel 3.8 BW (waarnaar in art. 4:138 lid 2 BW wordt verwezen). Omdat volgens partijen de kans groot is dat de kinderen van bezwaarde 2 op het moment van overlijden van bezwaarde 1 wel de positie van verwachter zullen verkrijgen, geeft de rechtbank toch zijn oordeel over een aantal van de vorderingen van partijen, met name omtrent de verteringsbevoegdheid en de wijze van verteren (zie hierover ook par. 4).

Men kan zich hierbij de vraag stellen waarom bezwaarde 1 of de kinderen van bezwaarde 2 (nu zij *niet* de positie van verwachter bekleden) wel belang zou(den) hebben bij de vraag of bezwaarde 1 verteringsbevoegdheid heeft, maar geen belang bij de omvang van het fideicommissaire vermogen (aan het begin, tijdens de rit en aan het eind). De verwarring ontstaat denk ik door de formulering van de benoeming van de primaire en subsidiaire verwachters. In mijn proefschrift besprak ik een soortgelijke situatie.⁹ Ik vroeg mij af wie, zolang bedoelde 'ongeborenen' (in casu de kinderen van bezwaarde 1) niet bestaan, de 'interne bevoegdheden' (als bedoeld in art. 4:138 lid 2 jo. titel 3.8 BW, voor zover daarvan in het testament niet is afgeweken) kan uitoefenen. Net zoals de rechtbank oordeelde, zou het antwoord kunnen luiden dat niemand de interne bevoegdheden kan uitoefenen, omdat de ongeborenen dat nog niet zelf kunnen en in casu de kinderen van bezwaarde 2 als subsidiaire verwachters aangemerkt moeten worden. Mijns inziens kunnen echter, zo verdedigde ik ook reeds in mijn proefschrift, de kinderen van bezwaarde 2 de interne bevoegdheden uitoefenen, *zolang* bezwaarde 1 geen kinderen heeft. De kinderen van bezwaarde 2 zijn dan als het ware *tijdelijk* de primaire verwachter. Zou bezwaarde 1 alsnog één of meer nakomelingen krijgen,¹⁰ dan

9. R.E. Brinkman, Het fideicommiss in de notariële praktijk (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, par. 1.5.5.

10. In mijn proefschrift betoog ik dat onder het krijgen van nakomelingen niet alleen het verkrijgen van een familierechtelijke betrekking door

duwen de *later geboren* de kinderen van bezwaarde 2 weer terug in hun subsidiaire verwachtersrol. Dit standpunt leidt er overigens toe dat – als later een aangewezen verwachter geboren wordt – de handelingen van de kinderen van bezwaarde 2 (mogelijk) moeten worden *toegerekend* aan de later geboren primaire verwachters.

Ter ondersteuning van het vorenstaande merk ik op dat de erfstelling in het testament van erflaterster ook zo gelezen zou kunnen worden, dat zij de kinderen van bezwaarde 2 tot primaire verwachters benoemde, maar onder de ontbindende voorwaarde dat bezwaarde 1 ten tijde van zijn overlijden één of meer nakomelingen heeft, in welk geval de kinderen van bezwaarde 1 als ‘subsidiaire verwachters’ alsnog de plaats van de primaire verwachters zouden innemen. Hiervoor pleit ook dat als bezwaarde 1 kinderen zou hebben gekregen, maar deze (allen) de fideicommissaire nalatenschap zouden verwerpen, het in de lijn der verwachting ligt dat de kinderen van bezwaarde 2 verwachters zouden blijven.

- c. Men kan zich afvragen of in casu niet *alle* (primaire en subsidiaire) verwachters de interne bevoegdheden hebben, gelet op het feit dat ook de subsidiaire verwachters (in casu de kinderen van bezwaarde 2), anders dan ik in mijn proefschrift verdedigde, een recht onder opschortende voorwaarde hebben en op hen dus artikel 4:138 lid 2 BW van toepassing kan zijn.¹¹ Zeker in de onderhavige situatie lijkt mij verdedigbaar dat uit de voorwaardelijke gerechtigdheid die aan de kinderen van bezwaarde 2 toekomt, voortvloeit dat aan hen de interne bevoegdheden toegekend hadden moeten worden en dat bezwaarde 1 zich ook jegens hen van zijn verplichtingen had moeten kunnen kwijten. Ik merkte in mijn proefschrift overigens al op dat de insteller ter voorkoming van misverstanden zelf kan regelen dat de ‘tijdelijke primaire verwachter’ de interne bevoegdheden mag uitoefenen.¹²
- d. Meer in het algemeen wil ik hierbij kenbaar maken dat het onwenselijk is als de vruchtgebruikbepalingen (op grond van art. 4:138 lid 2 BW en al dan niet, waar toegestaan, gemodificeerd door de insteller) niet van toepassing zijn op de bezwaarde en de verwachters die hangende de voorwaarde in leven zijn. In een goederenrechtelijke rechtsverhouding is het onwenselijk als partijen niet jegens elkaar bepaalde bevoegdheden en verplichtingen hebben. Enerzijds dienen verwachters de conservatoire bevoegdheden te hebben om hun rechten (die pas bij de vervulling van de voorwaarde onvoorwaardelijk worden) ‘veilig

te stellen’.¹³ Anderzijds dient de bezwaarde de mogelijkheid te hebben om (vooral) middels de boedelbeschrijving en jaarlijkse opgave de verwachter op de hoogte te stellen van de omvang van het fideicommissaire vermogen aan het begin (bij het overlijden van de insteller), tijdens de rit (zolang de vervulling van de voorwaarde onzeker is) en aan het eind (bij de vervulling van de voorwaarde). De bezwaarde en de verwachters kunnen op deze manier zo veel mogelijk trachten te voorkomen dat er aan het einde van de rit discussie ontstaat over de omvang van het fideicommissaire vermogen in alle voorafgaande jaren. Het zal de bewijsvoering omtrent de omvang van het fideicommissaire vermogen en hetgeen (1) daarvoor in de plaats getreden is, (2) dat vermogen aan vruchten heeft opgeleverd (die, als het goed is, daarvan zijn afgescheiden), en (3) daarvan is verteerd en door toeval tenietgegaan is, waarschijnlijk ondersteunen bij de vervulling van de voorwaarde.¹⁴

Resteert de vraag of als er zowel primaire als subsidiaire verwachters *in leven* zijn,¹⁵ zij allen de interne bevoegdheden kunnen uitoefenen. Uit doelmatigheidsoverwegingen ben ik van mening dat slechts die verwachters die ten tijde van de uitoefening van de interne bevoegdheid¹⁶ onvoorwaardelijk zouden erven als de voorwaarde op dat moment in vervulling zou gaan, de interne bevoegdheden kunnen uitoefenen. Als deze verwachter niet langer verwachter is of niet langer de bevoegdheden mag uitoefenen, dienen eventuele door hem uitgeoefende bevoegdheden mijns inziens toegerekend te worden aan de verwachters die dan de interne bevoegdheden mogen uitoefenen. In de casus van het vonnis zou dat bijvoorbeeld kunnen betekenen dat, zolang er geen kinderen van bezwaarde 1 (de primair benoemde verwachters) bestaan, de kinderen van bezwaarde 2 (de subsidiair benoemde verwachters) de interne bevoegdheden mogen uitoefenen; krijgt bezwaarde 1 hangende de voorwaarde een kind, dan zouden de interne bevoegdheden van de kinderen van bezwaarde 2 eindigen en dienen de tijdens de rit door of namens hen uitgeoefende bevoegdheden toegerekend te worden aan het kind van bezwaarde 1 (als verwachter). Zou het kind van bezwaarde 1 vervolgens zelf tijdens de rit wegvallen (bijvoorbeeld door overlijden of verwerping), dan zou dat weer betekenen dat diens interne bevoegdheden eindigen en dat de door of namens dat kind tijdens de rit uitgeoefende bevoegdheden toegerekend dienen te worden aan de kinderen van bezwaarde 2, die dan hun oude positie weer innemen.

geboorte, maar ook door adoptie, erkenning en gerechtelijke vaststelling van het ouderschap moet worden verstaan.

11. Zie daarover nader R.E. Brinkman & W. Burgerhart, Het beëindigen van fideicommissaire rechtsverhoudingen, civiel en fiscaal (I), WPNR 2019, afl. 7238.
12. Zie ook de in noot 84 genoemde artikelen, waarin ik tekstvoorstellen hieromtrent opnam.

13. Indien de bezwaarde in ernstige mate tekortschiet in de nakoming van zijn verplichtingen, kan de rechtbank op vordering van de verwachters aan deze het beheer toekennen of het fideicommissaire vermogen onder bewind stellen (art. 4:138 lid 2 jo. art. 3:221 lid 1 BW).

14. Vgl. R.E. Brinkman & J.H. Lieber, Het fideicommiss en de (vaststelling van de) omvang van het vermogen, FTV 2019/41, afl. 11-12, p. 17-25.

15. Met inachtneming van art. 1:2 BW.

16. Of ten tijde van de nakoming door de bezwaarde van een verplichting.

Steeds blijft mijns inziens staan, op grond van artikel 4:138 lid 2 jo. artikel 3:207 lid 3 BW, dat de bezwaarde jegens *alle* verwachters, althans ten aanzien van het fideicommissaire vermogen – wie van de benoemde verwachters daartoe dan ook ooit onvoorwaardelijk gerechtigd zal worden – en het beheer daarover, de zorg van een goed bezwaarde in acht dient te nemen. Ik kan mij voorstellen dat dit onder omstandigheden een grond voor schadevergoeding (art. 6:162 BW) kan opleveren als de bezwaarde in bijvoorbeeld *periode 1*, met instemming van personen die dan als primaire verwachters gelden (bijvoorbeeld de eigen kinderen van de bezwaarde), een handeling heeft verricht, maar de voorwaarde in *periode 2* vervuld wordt, en op dat moment andere personen als verwachters opkomen en de handeling jegens laatstgenoemden niet in overeenstemming was met de zorg die van een goed bezwaarde verwacht mag worden.

4 Commentaar (II)

In deze paragraaf ga ik nog in op enkele interessante rechtsoverwegingen van de rechtbank.

- a. Wat de waarde is van rechtsoverweging 5.3.3, waarin de rechter opmerkt dat tussen partijen niet in geschil is dat de omvang van het fideicommissaire vermogen tussen partijen vaststaat, is onduidelijk. Immers, nu de rechtbank van oordeel is dat de verplichting tot het opstellen van een boedelbeschrijving niet van toepassing is, rijst de vraag op welke grondslag dan de vaststelling van de omvang van het fideicommissaire vermogen heeft plaatsgevonden, en of in de toekomst, bij de vervulling van de voorwaarde, alsnog een boedelbeschrijving afgedwongen kan worden. Hoe dat ook zij, nu de uitspraak kracht van gewijsde en daarmee gezag van gewijsde heeft gekregen,¹⁷ lijkt tussen partijen de omvang van het oorspronkelijke fideicommissaire vermogen geen twistpunt meer te kunnen worden.
- b. De rechtbank geeft drie belangrijke oordelen omtrent de verteringsbevoegdheid van bezwaarde 1:
 1. Bezwaarde 1 komt verteringsbevoegdheid toe, ook al blijkt dat niet expliciet uit het testament. De rechtbank komt tot dit oordeel door de in het testament gebruikte (en gebruikelijke¹⁸) formulering van het fideicommiss (met name de woorden ‘onverteerd zal hebben nagelaten’), het verbod tot het doen van giften (dat zinledig zou zijn als de bezwaarde niet zou mogen verteren, gelet op art. 3:215 lid 3 BW)¹⁹ en de verklaring

van de notaris ten overstaan van wie het testament is verleden. Dit onderdeel leert de notariële praktijk overigens om man en paard te noemen en op te schrijven of de bezwaarde wel of geen verteringsbevoegdheid heeft. Het is daarbij van belang te onderscheiden tussen enerzijds (onvoorwaardelijk) *vervreemden* en bezwaren (art. 3:212 BW) en anderzijds *vervreemden* en verteren (art. 3:215 BW).²⁰

2. De bezwaarde is niet gehouden om eerst zijn eigen vermogen op te maken alvorens over te gaan tot vertering van het fideicommissair vermogen.
 3. De bezwaarde mag de nalatenschap naar eigen inzicht verteren. Dat betekent in casu ook dat de bezwaarde geen noodzaak tot vertering hoeft aan te tonen. Zoals in mijn proefschrift al verdedigd,²¹ meen ik dat het recht van de bezwaarde om naar eigen inzicht te verteren, een door de redelijkheid en billijkheid gestelde grens kent, namelijk dat de bezwaarde niet mag verteren met als uitsluitend doel de benadeling van de verwachter.
- c. In rechtsoverweging 5.6.2 maakt de rechtbank enkele opmerkingen ten overvloede over vermenging en het omslagstelsel. De rechtbank laat zien dat als het fideicommissaire vermogen niet afzonderlijk van het eigen vermogen wordt geadministreerd, het eigen vermogen met het fideicommissaire vermogen vermengd kan raken.²² De rechtbank gaat vervolgens in op het zogenaamde ‘omslagstelsel’: een ‘omslag’ van de verteringen (naar rato van het vermengde fideicommissaire en eigen vermogen) zou niet onredelijk zijn, maar daarbij moet wel rekening worden gehouden met hetgeen na de vermenging aan inkomsten/vermogen in het vermengde vermogen is gevloeid, aangezien telkens wanneer het vermengde vermogen langs deze weg groeit, het procentuele deel daarin van het fideicommissair vermogen slinkt. Ik geef een voorbeeld van hoe dit eruit zou kunnen zien. Stel dat het fideicommissair vermogen bij aanvang
20. Overigens is niet helder waarom de term ‘vervreemden’ ook in ‘vervreemden en verteren’ (art. 3:215 lid 1 BW) staat, nu in art. 3:212 BW reeds van vervreemding (lid 1) en beschikken (lid 2) gesproken wordt. Krachtens art. 3:213 BW vindt op grond van een bevoegde vervreemding (van de onvoorwaardelijke gerechtigdheid) zaaksvervanging plaats, waarbij het woord ‘zaaksvervanging’ niet letterlijk moet worden genomen, omdat ook andere goederen (zoals (vorderings)rechten op diensten) in de plaats van goederen kunnen treden. Tenzij reeds sprake is van goederen of diensten die tot de nalatenschap behoren en die ‘geconsumeerd’ (verteerd) kunnen worden (zoals eten, drinken, brandstof, rechten uit een reisovereenkomst en andere diensten die ‘genoten’ kunnen worden), zal voor de vertering van fideicommissair vermogen steeds vereist zijn dat het betreffende goed (meestal geld) eerst wordt vervreemd tegen ontvangst van bedoelde goederen of diensten die ‘geconsumeerd’ (verteerd) kunnen worden (waarop art. 3:212 en 3:213 BW reeds zien), waarna vervolgens de vertering plaatsvindt door het betreffende goed op te eten/drinken of te verbruiken, dan wel van de dienst te genieten. In art. 3:215 BW had daarom mijns inziens volstaan kunnen worden met het begrip vertering.
 21. Brinkman, Het fideicommiss in de notariële praktijk, par. 2.10.3.
 22. Vgl. Brinkman & Lieber, Het fideicommiss en de (vaststelling van de) omvang van het vermogen.

17. Art. 236 Rv.

18. Zie ook art. 4:56 lid 4 BW en art. 4:928 en de titel van afd. 4.12.8 (art. 4:1036 e.v.) oud BW.

19. Bij testament kan de insteller de bevoegdheid tot het doen van giften beperken (zoals in de casus van het vonnis het geval was) of uitbreiden (tot ongebruikelijke en/of bovenmatige giften, vgl. art. 4:1036 oud BW).

100 is en het eigen vermogen 200. Er wordt vervolgens 60 uitgegeven. Het omslagstelsel zou dan meebrengen dat het fideicommissair vermogen dan nog 80 (100 minus een derde deel van 60) is en het eigen vermogen 160 (200 minus twee derde deel van 60). Stel nu dat na de eerste uitgave de bezwaarde een bate van 80 verkrijgt (bijvoorbeeld inkomen). Het fideicommissair vermogen is dan nog steeds 80, maar het eigen vermogen is aangegroeid tot 240. Als dan bijvoorbeeld weer 60 wordt uitgegeven, zal in het fideicommissair vermogen 65 (80 minus een vierde deel van 60) resteren en in het eigen vermogen 205 (240 minus drie vierde deel van 60). De lezer begrijpt hoe ongelooflijk veel (dagelijkse) administratie een dergelijk omslagstelsel zou vergen. Daarnaast is niet duidelijk of daarbij alleen de verhouding tussen de concreet vermengde vermogens (bijvoorbeeld de betreffende banktegoeden) of ook de andere tot beide vermogens behorende bestanddelen (bijvoorbeeld onroerend goed) meegenomen moet worden bij de omslag. Een andere optie, die mogelijk ook uit de overweging van de rechtbank valt af te lezen, zou zijn om per jaar naar de inkomsten en uitgaven te kijken, of om te kijken naar de verhouding aan het begin en aan het eind, met correctie van tussenliggende mutaties. Ik geef van dit laatste een voorbeeld. Stel, het fideicommissair vermogen is bij aanvang 100 en het eigen vermogen 200, dus samen 300, terwijl tijdens de rit het eigen vermogen met 100 wordt vermeerderd. Stel dat er aan het einde van de rit dan nog 200 is. Geconstateerd kan dan worden dat er in totaal (400 minus 200 ofwel) 200 is geconsumeerd. Het omslagstelsel zou kunnen meebrengen dat het fideicommissair vermogen dan nog 50 (100 minus een vierde deel van 200) is en het eigen vermogen 150 (300 minus drie vierde deel van 200). De tijd (en nieuwe jurisprudentie) zal het leren.

5 Conclusie

Een goede formulering van fideicommissaire erfstellingen en de bepaling van welke verwachter (in ieder geval) de interne ‘vruchtgebruikbevoegdheden’ mag uitoefenen, zijn belangrijk om onzekerheid over de uitleg van het testament te voorkomen. Daarnaast zullen de overige besproken elementen van de uitspraak in de praktijk nog de nodige hoofdbrekens opleveren. Verveeld zullen de notariële praktijk, de advocatuur en de rechterlijke macht met het fideicommiss nooit raken.